

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

CAMILA RAQUEL PALMEIRA DA SILVA

A RELAÇÃO CONTRATUAL NA UNIÃO ESTÁVEL: Um estudo comparado entre o
modelo brasileiro e o modelo francês

João Pessoa

2019

CAMILA RAQUEL PALMEIRA DA SILVA

A RELAÇÃO CONTRATUAL NA UNIÃO ESTÁVEL: Um estudo comparado entre o modelo brasileiro e o modelo francês

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Raquel Moraes de Lima

João Pessoa

2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586r Silva, Camila Raquel Palmeira da.

A RELAÇÃO CONTRATUAL NA UNIÃO ESTÁVEL: um estudo
comparado entre o modelo brasileiro e o modelo francês
/ Camila Raquel Palmeira da Silva. - João Pessoa, 2019.
59 f.

Orientação: Raquel Moraes de Lima.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. união estável. 2. PACS. 3. contrato. I. Lima, Raquel
Moraes de. II. Título.

UFPB/CCJ

CAMILA RAQUEL PALMEIRA DA SILVA

A RELAÇÃO CONTRATUAL NA UNIÃO ESTÁVEL: Um estudo comparado entre o modelo brasileiro e o modelo francês

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

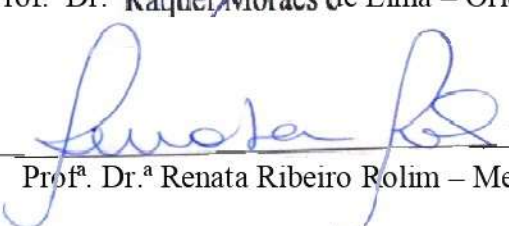
Orientadora: Dr.^a Raquel Moraes de Lima

Aprovada em ____ de abril de 2019

Banca examinadora:



Prof.^a Dr.^a Raquel Moraes de Lima – Orientadora



Prof.^a Dr.^a Renata Ribeiro Rolim – Membro



Prof. Esp. Rafael de Souza Mendonça – Membro

João Pessoa

2019

Dedico à minha família: Juliana e Baco.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que colaboraram direta ou indiretamente na conclusão deste curso. Foram longos anos e pareceram ser mais tempo do que de fato foi. Os desafios foram imensos e a conclusão deste curso representa um marco de superação pessoal que não seria possível sem o apoio da família e amigos.

Gostaria de agradecer especialmente a Juliana que esteve comigo na maior parte do tempo, sendo companheira e facilitadora em todo este processo. É a ela que devo gratidão por sua generosidade, atenção, companheirismo e, sobretudo paciência.

Aos meus pais que embora valorizem mais a arte, entenderam que este curso era de suma importância na minha vida e passaram a me apoiar e valorizá-lo. Agradeço à minha avó, D. Ana, a mulher mais forte que conheço. Sua postura e determinação foram minha inspiração desde criança.

Agradeço a Pink, Polly e Rebecca, pelo incentivo e amizade dispensada. Ao meu amigo Rafael que sempre esteve do meu lado durante toda essa caminhada e que me presenteia com a sua presença na banca examinadora. À professora Renata por sua importância desde o início do curso, por sua colaboração no meu processo de aprendizagem.

Foram muitos os obstáculos ao longo deste caminho e Kelma sempre atuou junto à secretaria da coordenação como uma facilitadora nos processos burocráticos, me puxando de volta, sem me deixar desistir, lhe sou grata.

À minha orientadora, professora Raquel, a quem tenho grande admiração, gostaria de lhe agradecer pelo tratamento acolhedor e inclusivo, que me trouxe fôlego para seguir. Sua atenção durante este tempo de orientação pôde amenizar um pouco as cargas deste fim de curso. Uma professora de verdade que me ensinou mais que Direito de Família.

Por fim, celebro a liberdade, os aprendizados adquiridos por meio das relações interpessoais. Agradeço os seres iluminados que me conduziram e me protegeram nesse processo. Sinto-me feliz ao dizer que apesar do meu azar, eu tenho muita sorte.

RESUMO

O instituto da união estável desde o seu reconhecimento na Constituição Federal como entidade familiar, sofreu diversas adaptações para responder a mudanças sociais. Este estudo tem a finalidade de confrontar o instituto da união estável brasileiro e o *Le Pacte Civil de Solidarité*– PACS previsto pelo ordenamento jurídico francês. Esta análise trata sobre as garantias apresentadas pelos institutos, especificamente, a influência da autonomia privada na formação das uniões não-maritais, seguida pelos efeitos dessa autonomia durante as uniões e, por fim, as consequências na dissolução.

Por meio de método comparativo foram analisados o modelo de união estável adotado no Brasil e o PACS, na França. Através de pesquisa exploratória, pode-se explanar desde o reconhecimento dos institutos, o que lhes deu causa, bem como suas implicações práticas. Observados os mecanismos de constituição e os efeitos dos institutos de forma individual, posteriormente comparados.

Confrontadas as similaridades e diferenças, por meio de técnica de pesquisa bibliográfica, destaca-se a presença do instituto do contrato nos dois modelos, porém, com atuação distinta. Destaca-se que no Brasil, os contratos de convivência são facultados às partes e não são estes os responsáveis pela existência da união estável, o que difere em completo do modelo de união estável adotado na França, onde o PACS apenas se dá por meio de objeto contratual.

Diante da importância e da garantia demandada pelo instituto do contrato no PACS, o estudo desenvolve hipóteses resolutivas acerca da problemática apontada no instituto de união estável brasileiro.

Palavras-chave: união estável; autonomia da vontade; PACS; contrato.

ABSTRACT

The institute of stable union since its recognition in the Federal Constitution as a family entity, has undergone several adaptations to respond to social changes. This study has the purpose of confronting the Brazilian institute of stable union and the Le Pacte Civil de Solidarité - PACS provided by the French legal system. This analysis deals with the guarantees presented by both institutes, specifically the influence of private autonomy in the formation of non-marital unions, followed by the effects of this autonomy during unions and the consequences of dissolution.

By means of a comparative method, the stable union model adopted in Brazil and the PACS in France were analyzed. Through exploratory research, one can explain from the recognition of the institutes, which gave them cause, as well as their practical implications. Observed the mechanisms of constitution and the effects of the institutes individually, then compared them. Facing the similarities and differences, through a bibliographical research technique, the presence of the institute of the contract in the two models stands out, but with a different performance. It should be noted that in Brazil, coexistence contracts are provided to the parties and are not responsible for the existence of a stable union, which differs in full from the stable union model adopted in France, where PACS only occurs through contractual object. Through The importance and the guarantee demanded by the institute of the agreement in the PACS, the study develops hypotheses about the problems identified in the Brazilian institute of stable union.

Keywords: stable union; autonomy of the will; PACS; contract.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC de 2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CF	Constituição Federal Brasileira de 1988
Code	Code de Napoléon (Code Civil Français)
PACS	Pacte Civil de Solidarité
REsp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL.....	13
2.1 FUNDAMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	13
2.1.1 CASAMENTO	15
2.1.2 DIVÓRCIO.....	16
2.1.3 CONCUBINATO	17
2.2 REGULAMENTAÇÃO	18
2.2.1 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA	20
3. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NA FRANÇA.....	22
3.1 FUNDAMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	25
3.2 DEFINIÇÃO.....	27
3.3 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS “ <i>PARTENAIRES</i> ”	28
3.4 COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DE UNIÃO ESTÁVEL E O <i>PACS</i>	29
4. NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS	34
4.1 UNIÃO ESTÁVEL OU NAMORO	37
4.2 O CONTRATO SOB A ÓTICA DE EMILE DURKHEIM	41
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52
ANEXOS	56

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de desenvolver uma análise acerca da expressão da autonomia da vontade das partes nas relações de união estável quanto à determinação do regime de bens e seus demais efeitos, diante do ponto de vista comparado da união estável do *Pacte Civil de Solidarité* – PACS previsto no direito francês.

O objeto do trabalho, portanto, é a comparação das uniões não-maritais: união estável e o *Pacte Civil de Solidarité* – PACS. Fez-se uma explanação dos processos de transformação desde a sua regulamentação e suas implicações práticas na sociedade, passando pela influência da autonomia privada a partir da existência até a dissolução dessas uniões. Assim, a pesquisa se destina a estabelecer qual a influência da autonomia privada nos efeitos da união estável, principalmente no regime de bens.

A semelhança do instituto de união estável com o namoro, bem como a expressão da vontade das partes, a ausência de contrato expresso com o consentimento das partes, deu causa a esta pesquisa. Ao pesquisar mecanismos aplicados nas legislações internacionais, pode-se perceber que o direito francês encontrou no PACS maneira de não obstacular as uniões estáveis, porém sem comprometer a autonomia da vontade das partes.

As uniões não maritais são cada vez mais frequentes na sociedade, mas ainda há insegurança jurídica no que concerne aos seus efeitos. A problemática se estabelece na incerteza que a união estável pode vir a ensejar, como a ausência de critérios claros para determinar o início da união, bem como a divergência sobre a proximidade jurídica entre união estável e o casamento.

Esta falta de objetividade na configuração da união estável, o regime de bens que se aplica são alguns dos conflitos práticos, pois como os limites entre o namoro e a união estável são muito tênues, as próprias partes podem discordar a respeito do enquadramento do seu relacionamento.

A equiparação trazida pela doutrina e a jurisprudência da união estável com o casamento, mesmo sem a presença de consentimento inequívoco das partes no primeiro caso, promove a discussão deste tema acerca da adequação da presunção, do regime de comunhão parcial de bens na união estável e a própria existência desta com efeitos semelhantes ao casamento, enquanto sua forma se aplica de modo diverso.

O objetivo principal deste trabalho é apontar a importância da expressa autonomia da vontade das partes por meio do consentimento inequívoco para a existência da união estável. A maior diferença entre os institutos do PACS e da união estável se pauta na

natureza jurídica. O *PACS* tem natureza jurídica contratual, enquanto que, a união estável apresenta natureza jurídica de ato-fato jurídico. A união estável dispensa a presença do contrato, diferentemente do modelo francês.

Como metodologia, o trabalho foi efetuado a partir de pesquisas e revisões bibliográficas nas áreas, principalmente, de Direito de Família, Direito Internacional Privado e Direito Contratual. Por sua vez, os métodos de procedimento da pesquisa foram comparativos, pois houve o confronto em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e o francês, no que concerne às estruturas e regramentos da união estável. Para mais, métodos interpretativos, através da busca pelo sentido das normas sobre a matéria e sua ligação com áreas afins.

Quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro trata da explanação do instituto de união estável no Brasil, desde os motivos que deram causa à sua regulamentação, as suas alterações e seus efeitos. Aponta a previsão Constitucional do instituto como entidade familiar e descreve como o Código Civil o define. As alterações que foram sendo feitas por meio da jurisprudência puderam ser explanadas e neste momento comparada com o instituto do casamento.

O segundo capítulo versa sobre o *Le Pacte Civil de Solidarité – PACS* dentro do ordenamento jurídico francês. Trata das formas estabelecidas pelo *PACS*, bem como sua dissolução. Aponta as alterações que se fizeram necessárias após a sua regulamentação e o que deu causa a estas. Este capítulo finaliza comparando diretamente o *PACS* com o instituto de união estável brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado ao estudo da natureza jurídica dos institutos analisados e suas implicações práticas na sociedade. A comparação estabelecida com o *PACS* foi essencial para estabelecer as diferenças quanto à natureza jurídica, forma e efeitos.

Por tratar-se de estudo comparado, podemos identificar o papel do contrato e sua atuação nos dois institutos, embora apresentem natureza jurídica diversa, o contrato está presente nos dois institutos. O *PACS* é um negócio jurídico, tem natureza jurídica contratual, logo, o contrato é indispensável para a existência desta união legal. Para maior esclarecimento acerca da utilização do contrato nos dois modelos, foi necessário o estudo mais aprofundado no instituto do contrato. Foram analisados os limites da atuação do contrato, visto que, a presença do contrato de convivência no modelo brasileiro de união estável seja facultada e pouco utilizada.

O capítulo encerra com a análise do contrato, sua importância para o Direito Civil e

a sua trajetória de consolidação na sociedade como instrumento pacificador capaz de sanar as questões que dão causa aos litígios atuais oriundos das uniões estáveis sem contrato de convivência. Foi necessário incluir neste trabalho o estudo deste instituto sob a ótica do sociólogo Émile Durkheim, que em sua obra, descreve a trajetória de consolidação do contrato na sociedade. Elenca os valores e a força que o instituto do contrato trouxe para as relações patrimoniais. A sua busca pela justiça por meio do princípio da boa-fé, e, sobretudo, a presença do consentimento, como ato de autonomia da vontade das partes por este evidenciada. A partir da observância da importância contratual como meio de sanar divergências quanto ao início e o reconhecimento da união, pôde-se encontrar no contrato mecanismos que afastam as dúvidas acerca da existência, início, bem como possibilitar a convenção das partes acerca do regime de bens.

Ante o exposto, o trabalho visa apresentar e comparar os modelos de união estável adotados no Brasil e na França de natureza jurídica diversa, como forma de apontar mecanismos solucionadores das incertezas e inseguranças jurídicas as quais se apresentam hoje no instituto de união estável brasileiro.

2. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

2.1 FUNDAMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O casamento apresentava-se como única forma legítima de constituição de família, possuindo um caráter instrumental, condicionado a interesses extrínsecos, principalmente para o Estado. O casamento trazia como atribuição exclusivamente masculina no século XIX e XX poderes sobre os filhos e sobre a mulher, e a família tinha como principal função a procriação, que adicionava mão de obra e, portanto, facilitava o trabalho e a preservação do patrimônio. Coulanges (1996) conceitua:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto. (COULANGES, 1996 p.40)

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, os papéis dos cônjuges, no período anterior à constituição e onde as uniões matrimoniais eram determinados pela sociedade, ficando à cargo do marido o custeio econômico, era destinado à mulher os cuidados domésticos. Logo, era implícita e explícita a subordinação, sobretudo, econômica da mulher que tinha como dever, subordinação de forma abrangente ao marido:

Os papéis dos cônjuges determinados pela sociedade e pelo sexo e aos quais se encontravam confinados até a morte não permitiam qualquer espécie de concessão: às mulheres, a limpeza da casa, da louça, das roupas, a busca da água e a ordenha das vacas; aos homens, o trabalho fora, a troca de mercadorias, o comércio, a aquisição do dinheiro. A estrita segregação dos trabalhos e dos papéis reservados a cada sexo manifesta, simbolicamente, a subordinação da mulher a seu marido. (LEITE, 1991)

Com grande influência do direito canônico, pode-se dizer que a finalidade do casamento seria disciplinar as relações sexuais entre os cônjuges, proteger (procriação e educação) a prole, assegurar a mutua assistência entre os cônjuges. Neste sentido, a impossibilidade de dissolução é fruto desta influência e para Maria Berenice Dias (2007) “antes do divórcio a indissolubilidade do casamento não possuía outro efeito senão o de vedar a possibilidade de constituição de outra família.”

Uma das principais características do casamento é a monogamia, sendo inclusive, imputado ao marido presunção de paternidade. O antropólogo Lévi-Strauss (1976), explica

que, “se a monogamia se tornou predominante nas sociedades humanas, isso não se deu porque ela está inscrita na natureza humana, mas por razões de ordem econômica, moral e religiosa.” Já para Milton Paulo de Carvalho Filho (2012), o casamento tem uma classificação diferente, o define como:

O casamento é a união legal, formal e solene entre homem e mulher, em que ambos buscam a constituição de família – propósito da comunhão plena de vida e de interesses, assentada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges -, para auxílio mútuo, material e espiritual, e também da prole advinda dessa união. (CARVALHO, 2012, p.1243)

Para Maria Helena Diniz (2004), o “casamento é o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa ao auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”.

No fim do século passado, começaram a ser suscitadas novas formas de união, que já não mais podem ser descritas apenas pelos conceitos citados anteriormente. Estas novas uniões possibilitam a ressignificação pelo Direito, do conceito de prática, buscando adequar as normas aos novos arranjos familiares na sociedade contemporânea.

Um dos fatores que impulsionaram tais mudanças foi a inclusão da mulher no mercado de trabalho alterou um dos pilares do casamento, que hoje, em regra, a dependência econômica não configura mais como alicerce da família, é o afeto é o elemento estruturante das entidades familiares. Para Pereira Dias (2005):

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela “instituição”. (DIAS, 2005, p. 88)

Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009), em sua obra afirma que:

No Brasil, embora os novos princípios tenham ganhado espaço, paulatinamente, durante todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações, por ter consagrado a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado. (ROCHA, 2009, p. 1204).

Em virtude das alterações nos modos de viver e se relacionar, as relações familiares diversas ao casamento faz com que o legislador tenha a necessidade de adequação dos novos núcleos familiares. São necessárias garantias com base nos novos valores sociais como afirma Jacinta Gomes Fernandes:

O afeto passa a ser mais valorizado nas relações familiares, perdurando por toda a convivência do grupo. Está-se diante de uma nova realidade, geradora de valores outros, tais como a afetividade, o companheirismo, o convívio familiar, a contribuição de todos para o sustento do lar, que vai exigir do legislador uma adequação melhor das leis às novas regras de conduta, que passam a se transformar de forma célere no seio da sociedade, em virtude do desenvolvimento socioeconômico por que passa o mundo. (FERNANDES, 2007, p.43)

Para abarcar os interesses da coletividade de acordo com os novos costumes sociais e as novas formas de constituição de família é que se faz necessária a constante atualização da legislação e do Direito.

2.1.1 CASAMENTO

O casamento é ato solene e possui características básicas para a sua celebração. A celebração em ato solene é um requisito legal, estabelecido pelo Código Civil em seu artigo 1534, que dispõe acerca da celebração, podendo ela ser realizada no cartório ou em outro edifício público ou particular, se houver o consentimento da autoridade celebrante, “com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes.”

O artigo 1514 do Código Civil descreve o rito onde: “casamento se realiza no momento e que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. A participação da autoridade, portanto, é meramente declaratória, e não constitutiva de ato matrimonial.

Arnaldo Rizzardo (2014) aponta que as formalidades obrigatórias aos nubentes na celebração matrimonial primam plena autonomia da vontade das partes, é no consentimento que preceitos de liberdade são evidenciados:

Dentre as formalidades mais importantes, sobressaem aquelas concernentes à liberdade e integridade do consentimento, e à publicidade do ato, de modo a não poder passar despercebido, o que se alcança pela celebração pública. Com isto, objetiva-se dar a importância que merece o casamento, que, além de unir duas pessoas, muda o estado civil das mesmas, a situação patrimonial e a capacidade jurídica na vida civil. (RIZZARDO, 2014, p.104)

Camilo Colani Barbosa (2003) vai mais além e conceitua o casamento e sua celebração de ato contratual como negócio jurídico, evidenciando a sua natureza jurídica contratual quando afirma:

O casamento, devido à liberdade conferida aos nubentes, inclusive no que concerne à sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje características que o aproximam mais de negócio jurídico, do que a instituição. (BARBOSA, 2003, p. 214)

A liberdade evidenciada no consentimento livre, expressamente manifestado, é condição essencial à existência do matrimônio, não havendo espaço para considerar o silêncio, como descreve o art. 1.538, I, do Código Civil de 2002. A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, pauta as responsabilidades igualitárias entre homem e mulher, não sendo mais conferido ao homem a proteção da família como outrora, trazendo um caráter igualitário, baseado no princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, contrariando o modelo patriarcal outrora desenhado.

Esta liberdade descrita por Camilo Colani Barbosa (2003) só foi conferida após a admissão do divórcio, instituto este que não tinha previsão no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, onde o princípio da indissolubilidade do matrimônio foi abolido do nosso sistema, ensejando a promulgação da Lei nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio.

2.1.2 DIVÓRCIO

Com bases religiosas e morais enraizadas no instituto do casamento, não havia previsão de divórcio no sentido que hoje se aplica, sendo utilizada esta nomenclatura desde a época do Brasil colonial, porém, conferia um estado apenas de separação de casados enquanto à coabitação, e bens, em virtude de sentença, dada pelo juiz. Explica Maria Beatriz Nizzada Silva (1984) que o divórcio admitido anterior à Emenda Constitucional nº 9 de 1977, concedia direito apenas à separação, a possibilidade de os casados contraírem novas núpcias só existia quando fosse dada sentença de anulação de matrimônio, o que ocorria apenas em situações bem específicas descritas na legislação canônica, sendo estas sevícias graves e culpáveis ou adultério.

Antes de 1977, com a impossibilidade de contrair novas núpcias posteriormente ao divórcio, as uniões davam-se de forma informal, sendo inúmeros os casos de “uniões estáveis” pela impossibilidade de contrair novo matrimônio.

Sobre as uniões fora do casamento, sendo elas entre “divorciados” ou não, eram ignoradas quanto aos seus direitos e garantias anteriormente à Constituição de 1988. A legislação de 1916, não apresentou garantias às uniões de fato, ou seja, as uniões fora do casamento, e a elas o Estado não dedicava nenhum amparo, sempre com a finalidade de proteção e fortalecimento do instituto do casamento.

Estas uniões não maritais eram intituladas de concubinato, podendo estas assumir duas formas, mesmo quando não havia impedimento para esta união, por não estar sob o vínculo matrimonial, não lhe eram conferidos nenhum direito.

2.1.3 CONCUBINATO

Considerada como família ilegítima, o termo utilizado para nomear as uniões constituídas sem a formalidade do casamento, era o Concubinato, o qual foi classificado em concubinato puro e concubinato impuro. No primeiro caso, era como se classificavam as uniões duradouras entre homem e mulher desimpedidos, já na segunda situação um ou ambos concubinos é/são comprometido(s) ou sofre(m) algum impedimento para o casamento.

O concubinato impuro pode ser adulterino, no caso, por exemplo, de um homem casado manter relação concubinária ao lado/concomitantemente com a manutenção de uma família legítima ou pode se apresentar de maneira incestuosa quando há parentesco próximo entre os concubinos.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004), traça uma linha do tempo em que descreve os países que trataram do concubinato e suas implicações, afirma: “Foi editada na França, a primeira lei a tratar sobre o concubinato, em 16 de novembro de 1912. Como pioneira no assunto, a França se encarregou de traçar diretrizes que influenciaram diversos países.”

O Código Civil mexicano de 1928 já trazia regulamentação para a concubina no tocante a alimentos e ordem hereditária. A Venezuela, em seu Código de 1942 reconhecia efeitos patrimoniais para o concubinato. A Guatemala foi além, desde 1947 adotou um estatuto das Uniões de Fato, equiparando os efeitos patrimoniais dessas uniões aos do casamento. Na Colômbia, em uma norma de 1978, era estabelecido prazo mínimo de dois anos de convivência, que teriam efeito retroativo, para que fossem atribuídos efeitos

patrimoniais aos concubinos. Assim como nos outros países, no Brasil também se verifica a influência trazida pela França e a necessidade de uma mudança de atitude e a adequação dessas relações sociais para o plano jurídico.

Acompanhando as alterações internacionais acerca das garantias e da normatização do instituto da união estável, o Brasil para conferir direitos às uniões de fato, trouxe em seu ordenamento alterações legislativas. Foi para amparar as uniões de concubinos na sua maioria motivadas pela impossibilidade de contrair novo matrimônio após o divórcio, que deu causa a regulamentação da união estável no Brasil. Ao instituto de união estável foram conferidas garantias semelhantes às do casamento. A Constituição previu e o Código Civil norteou a sua classificação e seus preceitos.

2.2 REGULAMENTAÇÃO

A Regulação da união estável no Brasil se deu na Constituição de 1988, quando conferiu à este instituto status de entidade familiar, em seu artigo 226, § 3º “Para efeito da Proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Assim, o legislador trouxe a nova possibilidade de família, protegida pelo Estado, fora do casamento.

O Código Civil conceituou a união estável quando descrito pelo ordenamento jurídico, no artigo 1.723, *caput*, que afirma ser configuração de união estável, a união entre homem e mulher em os elementos de convivência pública, contínua e duradoura, e que for estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

Em 1994, foi sancionada a Lei 8971, que regulava a União Estável e suas sucessões, lei esta que foi posteriormente substituída pela Lei 9.278/96 que trouxe mais detalhe e abarcou de forma mais completa o instituto da união estável. A legislação reguladora da união estável, em muitos aspectos, assemelha seus efeitos aos efeitos do casamento, porém, jamais devemos confundi-los, uma vez que desde o texto constitucional explicita a distinção quando solicita que o legislador facilite a sua conversão em casamento.

A maior das diferenças está na constituição dos institutos, para caracterização e admissão da existência da união estável, a previsão está expressa na lei nº 9.278/96 art 1º diz: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

Confrontado com o entendimento de Paulo Lôbo (2008), fica nítida a distância entre o casamento e a união estável, quando define: “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”

É importante perceber que o que deu causa à admissão da união estável na legislação brasileira foram as sequenciais mudanças nos modelos de família. Até 1977 a inexistência do divórcio a vínculo não foi capaz de impedir o crescente número de constituições de, até então, concubinatos, devido ao impedimento de novo matrimônio. Foi necessária a admissão de união estável como entidade familiar, porque não era mais possível ignorar a sua existência e a necessidade de proteção do Estado.

A união estável, após sua previsão Constitucional veio ampliando seu espaço e suas garantias, em 1991, a Lei 8.213 aponta a possibilidade de inclusão do companheiro como beneficiário no Regime geral da Previdência Social. Com a Lei 8.560/92 o legislador compreende a estigma e discriminação atribuídos aos filhos fora do casamento, e vetou no registro de nascimento o estado civil dos genitores; em 1994, a Lei 8.971 admite ao companheiro dispor do direito a alimentos e sucessões.

A doutrina de forma majoritária entende que a admissão da união estável se dá no cumprimento dos requisitos trazidos pelo Código Civil, a saber, convivência pública, continua e duradoura e que for estabelecida com o objetivo de constituição familiar. Porém, alguns doutrinadores divergem acerca da intervenção do estado em regular algo que não foi expressamente solicitado. Rodrigo da Cunha Pereira (2004) segue esta corrente e afirma:

É de se indagar também se ao regularizar, normatizar as uniões estáveis – até então consideradas livres – o Estado não estaria adentrando na autonomia privada do indivíduo que, contrapondo-se à solenidade, ao formalismo consubstanciado no casamento, optou por unir-se sem interferência do Estado. Este é um paradoxo criado em nome de se proteger a parte econômica e historicamente mais fraca. (PEREIRA, 2004, p.54)

O instituto de união estável apresentou-se como uma atualização do direito ao novo comportamento social, onde o matrimônio não era mais o único meio de união aceitável socialmente para constituição de família. Neste caminho de adequação do direito às novas realidades sociais, foi necessária uma nova possibilidade de configuração de união estável. Na gênese da regulamentação deste instituto as uniões por pessoas do mesmo sexo não eram aceitas, o que foi objeto de discussão e mudança por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF.

2.2.1 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A união estável prevista na Constituição Federal de 1988 trouxe elementos essenciais para a sua caracterização, não havendo previsão para o reconhecimento de união estável por pessoas do mesmo sexo. Posterior à Constituição, com lei própria inserida no Código Civil, não foi abarcado o instituto de união estável por pessoas do mesmo sexo, admitindo apenas a união contraída por homem e mulher.

A sociedade em constante modificação em seus costumes, diversos modelos de famílias foram estabelecidas e é dever do Estado garantir proteção à família e seus membros como prevê o § 8º do art. 226 da Constituição Federal que define como dever do Estado: “assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”.

Embora comportasse todos os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, que regulamenta como união estável, desde que exista: “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” O artigo 1723, também é muito claro quando elenca os membros desta união: homem e mulher.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011), a concepção jurídica brasileira no tocante à definição de família foi alterada, sendo a família um núcleo moldado pela afetividade vinculativa dos seus membros (socioafetiva). E, além disso, traduz a ambiência necessária para que realizem os seus projetos pessoas de felicidade (eudemonista), como negar aquele arranjo formado por pessoas do mesmo sexo se, também aqui, essas fundamentais características estariam presentes?

É certo que a Constituição, ao outorgar proteção à família, sem a obrigatoriedade da celebração do casamento, vinculou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos. É mister reconhecer que é meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher. Conforme afirma Paulo Lôbo (2008), o caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Foi apoiado no princípio da afetividade que Maria Berenice Dias (2007) colaborou para o reconhecimento da união homoafetiva. Diante da ausência dos dois gêneros que tinha como prerrogativa para a constituição da união estável, o princípio da afetividade pôde sanar esta falta, trazendo a possibilidade de legitimidade da união homoafetiva.

O princípio da afetividade tem sido tomado como basilar no regramento da legitimação das uniões, visto que as prerrogativas assistenciais e dependência financeira trazida como estrutural no casamento, já não é requisito indispensável. Sem previsão expressa em lei, esteve a cargo da jurisprudência as garantias sucessórias e patrimoniais aos companheiros que estabeleceram uniões homoafetivas.

Foi a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 em 5 de maio de 2011 que foi possível a admissão e regulamentação da união estável por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

A decisão favorável do STF à possibilidade de constituição de entidade familiar estabelecido por pessoas do mesmo sexo legitimou a união estável homoafetiva nos mesmos moldes previstos na Constituição Federal. A regulamentação da união estável homoafetiva em nada difere da união estável trazida no Código Civil, a ADI conferiu a esta modalidade de união estável as mesmas garantias e obrigações.

3. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NA FRANÇA

A união estável regulamentada na França tem como principal objetivo a normatização das uniões livres e a conferência de direitos por meio do *Le Pacte Civil de Solidarité– PACS*, um contrato formal que objetiva a regulação da união legal entre duas pessoas.

A elaboração do *PACS* teve como intuito inicial contemplar a união de pessoas do mesmo sexo, visto que, não havia previsão legal que garantisse a união de homossexuais, porém, não trouxe exclusividade a estes.

O *PACS* dentro do direito francês é uma ferramenta que apresenta vantagens inovadoras e exclusivas para o ordenamento jurídico. Por meio do contrato, o *PACS* apresenta-se como regulador de núcleo familiar em que prioriza a autonomia da vontade das partes. Instrumento célere que logo ganhou grande aderência por parte dos que optavam por constituir família de modo diverso ao casamento.

Previsto em um capítulo dedicado exclusivamente ao *PACS* no Código Civil Francês, é no artigo 515-1, que sua descrição está contida e que assim estabelece: “Um pacto de solidariedade civil é um contrato celebrado por duas pessoas físicas, de sexos diferentes ou do mesmo sexo, para organizar a sua vida em conjunto.”

Caroline Mécary (2010) define o *PACS* como sendo um contrato de direito privado, com caráter sinalagmático, o que por sua vez, garante obrigações recíprocas às duas pessoas físicas ligadas através do *PACS*. Trata-se de um contrato *intuitu personae*, complementa Caroline Mécary, uma vez que a escolha do parceiro é fundamental:

É um contrato dito *intuitu personae*, isto é, a escolha da pessoa do parceiro é primordial, já que a vida de um casal deve seguir o regramento do *PACS*. É também um contrato de duração indeterminada que pode ser quebrado a qualquer momento e que pode ser modificado pela vontade das partes. (MÉCARY, 2010, p.97)

Para que o *PACS* possa ser realizado, é exigido em lei o expresse consentimento dos parceiros, sem equívocos, atinentes à sua vontade de união e o comprometimento de respeitar as obrigações derivadas do contrato, sendo evidenciada assim, a autonomia da vontade das partes, como um princípio contratual.

As pessoas ligadas por um *PACS* podem modificar as condições de organização da sua vida em conjunto. É possível alteração das cláusulas do *PACS* a qualquer tempo, desde

que seja redigido um contrato de alteração para seus *PACS* iniciais e depois registrá-lo. A alteração do *PACS* não entra em vigor entre os parceiros até que as formalidades de registro tenham sido concluídas.

OPACS teve uma grande aceitação na comunidade francesa, é uma nova forma de união, abrindo espaço para a inserção de novas leis, e permitindo uma modernização do direito de família. O número de *PACS* apresentou aumentos mais rapidamente do que o de dissoluções e o número de pessoas unidas pelo *PACS* aumentou de 32.000 em 1 de janeiro de 2004 para 1 milhão em 1 de janeiro de 2010 na França metropolitana. O número de casamentos caiu em média 1% ao ano desde 2001, mas o aumento nos *PACS* é tal que compensa essa queda: os *PACS* poderiam oferecer alguns casais que não desejam (pelo menos por enquanto) ou não pode se casar, a possibilidade de formalizar sua união.

O *PACS*, para além de suas garantias, teve grande aceitação por ser considerado um contrato célere e de fácil adesão. O registro do *PACS* pode ser celebrado em prefeitura, cartório notarial, e quando em caso de celebrado em território estrangeiro em consulado ou embaixada francesa. Nos casos de registro de *PACS* em território estrangeiro, é necessário que ao menos um dos companheiros seja de nacionalidade francesa.

A dissolução do *PACS* pode ser dada por três motivos: casamento, separação ou por morte. É com base nos artigos 515-1 a 515-7-1 do Código Civil, Decreto nº 2012-966 de 20 out 2012 que descrevemos as modalidades de dissolução e seus mecanismos.

Em caso de separação, o pedido de dissolução do *PACS* pode ser feito a pedido de um ou ambos os parceiros. O procedimento para a aplicação depende do local de registro do *PACS*. Quando o pedido de dissolução do *PACS* for mútuo, os companheiros devem enviar por carta registrada uma declaração conjunta de dissolução do pacto através de formulário, anexado uma fotocópia de um documento de identidade de cada sócio para o local procedeu ao registro dos *PACS*. A dissolução entra em vigor a partir de protocolada a solicitação.

Se apenas um parceiro solicitar a dissolução, o oficial de justiça notificará ao outro da decisão. Quando a dissolução se dá por casamento entre os vinculados pelo *PACS*, a extinção do *PACS* torna-se mera formalidade, assim, o escrivão da prefeitura ou o notário registra a dissolução do *PACS*.

O notário procede então às formalidades publicitárias, sendo alterado o estado civil, além da certidão de nascimento de cada sócio, após a menção da dissolução do *PACS*. Quando um dos parceiros é estrangeiro, a menção da dissolução é inscrita no registo do

serviço central do estado civil do Ministério dos Negócios Estrangeiros. O registrador ou notário informa os dois parceiros depois de registrar a dissolução do PACS. Esta informação é enviada por carta simples aos parceiros.

A dissolução do *PACS* pelo casamento com um terceiro, explica Caroline Mécary (2010), que o *PACS* ficará dissolvido automaticamente, pois é protegido pelo princípio constitucional da liberdade matrimonial, que não admite o adiamento da celebração da união. Em caso de morte, a dissolução se dá na data da morte.

O direito francês prevê três modalidades de entidade familiar: o concubinato, também chamado de união livre, o *PACS* e o casamento. Os direitos e obrigações resultantes diferem quando você é coabitante, *pacsé* ou casado. Em site oficial da administração francesa é descrito as diferenças entre estas uniões, como citado abaixo.

Para os coabitantes, são restritas algumas garantias, como contas bancárias conjuntas, créditos bancários, podem ser incluídas no imposto de renda somente a prole mútua, gozam de direitos de proteção social, para exercer tais direitos acima citados é necessária apresentação comprobatória desta vida em comum, como: certificado de coabitação, comprovante de endereço para ambos os nomes (recibo de aluguel, conta de gás ou eletricidade, certificado de seguro residencial). Quanto às proteções, não se fala em questões previdenciárias, há apenas a possibilidade de contrair seguro de vida beneficiando a pessoa com quem se coabita.

Para os unidos por meio do *PACS*, os créditos e contas bancárias podem ser solicitados em conjunto, como também créditos imobiliários, assim como a partir de informado a sua nova situação civil, é possível a inclusão do parceiro em seu imposto de renda.

Aos *pacsés* é possível gozar de licenças de trabalho para acompanhar o companheiro seja por motivos de saúde ou de localização, tendo também o direito à obtenção de férias ao mesmo tempo do período do companheiro. O parceiro tem direito, sem alguma condição, ao benefício de assistência saúde, assistência maternidade e direito à salário por morte por um ano, de acordo com o regime geral da segurança social.

No caso de falecimento do parceiro locatário, ou por abandono de imóvel pelo mesmo, o outro parceiro tem direito à transferência do contrato de locação para o seu nome. Não há com que se preocupar em apresentação de provas de vida em comum, visto que a apresentação do *PACS* é documento contratual comprobatório suficiente para exercício dos direitos acima citados.

No *PACS* não é possível verificar os direitos sucessórios. Como Caroline Mécary (2010) explica, os artigos do Código Civil francês no que tange à sucessão são omissos em relação ao *PACS*. O artigo 734 do Código Civil define a ordem hereditária sem fazer qualquer menção aos unidos civilmente pelo *PACS*. Dessa forma, o parceiro que deseja incluir o outro como seu sucessor deverá estabelecer um testamento a seu favor.

É disponível no casamento todas as garantias do *PACS*, este que difere apenas no instituto e nas garantias sucessórias, visto que no matrimônio a sua celebração faz do cônjuge automaticamente um herdeiro necessário. Os direitos assistenciais se assemelham, observando apenas as especificidades do regime de bens estabelecido no ato de celebração matrimonial no que tange às sucessões.

Nos casos de visto de permanência ao nubente estrangeiro, a partir da celebração do casamento, automaticamente serão conferidos ao cônjuge, o que não ocorre nos unidos pelo *PACS*. Entretanto, utilizado-se para unir casais homossexuais, o *Pacto Civil de Solidarité* dispõe de um regramento específico, com regras que se equiparam ao casamento, porém, não existe instituto que garanta direitos, como sucessão e adoção, exceto o casamento.

É importante que deixemos claro que parceiros vinculados pelo *PACS* têm obrigações recíprocas. O *PACS* também tem efeitos sobre direitos sociais e salariais, propriedade, moradia para parceiros e em questões tributárias.

Conforme o artigo 515-3-1 do Código Civil Francês, a partir da celebração do *PACS*, altera-se o estado civil dos *pacsés* cumprindo assim o princípio da publicidade, esta alteração do estado civil se visa proteção de terceiros, como por exemplo, em casos de contratos de compra e venda que se faz necessária a anuência do companheiro dependendo do regime de bens convencionado por estes no *PACS*.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O *PACS* foi inserido na legislação francesa através da Lei 99-994, de 15 de novembro de 1999. Com o objetivo de garantir direito à união civil a homossexuais, o *PACS* teve uma boa repercussão no Direito francês, registrando 22.500 casais após um ano de vigência da lei. O estudo realizado pelo INSEE - Instituto Nacional de Estatística e dos Estudos Econômicos demonstra que 42% dos *PACS* concluídos neste período de tempo foram realizados por casais homossexuais.

Os *PACS* foram criados no final de 1999. No ano seguinte, em 2000, os contratos celebrados entre pessoas do mesmo sexo eram numerosos: representavam 42% dos 22.500 casais *pacsés* daquele ano. Muitos destes *PACS* foram posteriormente dissolvidos. No início de 2004, apenas 5.000 pessoas ainda eram *pacsés* com uma pessoa do mesmo sexo, segundo a pesquisa "Imposto e renda social". Os homens representam 64% dos casais do mesmo sexo e, a partir de 1 de janeiro de 2009, 28.000 homens estão com homens e 16.000 com mulheres.

Foram contestadas algumas medidas trazidas pela Lei 99-994 de 15 de novembro de 1999, principalmente no que tange ao regime de bens. Conforme Caroline Mérary (2010), o regime de comunhão parcial de bens tinha “natureza precária e subsidiária”. Foi apenas em 23 de junho de 2006, que a lei foi reformada e apresentou mudanças no regime de bens, passando de regime de divisão parcial de bens para o regime de separação total de bens. Essa alteração gerou modificações nos artigos 515-1 à 515-7 do Código Civil Francês.

Com a reforma legislativa, o regime de separação total de bens é adotado como regra geral, podendo ser utilizado o regime diverso, desde que manifestado por expressa vontade das partes. Caroline Mérary (2010), em concordância com a reforma, explica que “Teria sido mais simples criar um sistema de comunidade de propriedade. Simples e conhecido, esse esquema básico teria garantido uma solidariedade real entre os *pacsés*.”

Com base no princípio da solidariedade que foram alterados os regramentos acerca do regime de bens do *PACS*, assim evidenciando que para além da relação contratual, ao aderirem ao *PACS* é estabelecido um núcleo familiar e o princípio da solidariedade deve ter regimento em todos modelos familiares e afetivos. Segundo Rolf Madaleno (2011):

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário. (MADALENO, 2011, p.311)

A partir desta mudança, foram ampliadas as garantias deste instituto, foi concedido ao parceiro sobrevivente, direito à moradia comum do casal, previsto no artigo 515-6 pelo período de um ano.

Pensado para abarcar legalmente as uniões de casais homossexuais, hoje o *PACS* se apresenta de outra maneira. Tem tido maior adesão por casais heterossexuais e geralmente adotado como medida preliminar ao casamento, já que as garantias do *PACS* possibilita a planejamento econômico para o futuro casamento, como usufruto dos benefícios que o

PACS concede, como por exemplo, possibilidade de obter conjuntamente créditos imobiliários. Podemos concluir por meio de dados do Ministério da Justiça, quando Caroline Mécary (2010) afirma esta mudança de público do *PACS*:

A imagem dos *PACS* mudou profundamente. A partir da ideia comum, de que este era um contrato principalmente para casais homossexuais, um primeiro estudo estatístico, publicado em outubro de 2007, pelo Ministério da Justiça, mostra que o *PACS* se tornou um modo comum de consagração das uniões heterossexuais e a tendência desde então só foi confirmada. Com quase um milhão de pessoas hoje na França, podemos dizer que o *PACS* atende ao público. (MÉCARY, 2010, p.62)

3.2 DEFINIÇÃO

O *PACS* como contrato que desde a sua gênese foi programado para viabilizar a regulação as uniões de homossexuais e simplificação do processo burocrático em seu registro e dissolução, traz alguns preceitos para a sua regulamentação.

Para realização do *PACS*, é necessário que as duas pessoas sejam maiores de 18 anos e disponham de uma residência comum, ou seja, é elemento essencial a coabitação. Embora concretizado dentro da França, não exige que os seus contraentes sejam franceses ou de determinada nacionalidade. Poderá ser celebrado no exterior, em consulado ou embaixada francesa, porém, neste caso, é necessário que pelo menos um dos contraentes seja de nacionalidade francesa.

Le Pacte Civil de Solidarité será dissolvido: pela morte de um dos parceiros; pela efetivação do casamento entre os parceiros; pela efetivação do casamento de um dos dois parceiros com um terceiro; pela declaração comum dos parceiros ou pela decisão unilateral de um dos parceiros.

No caso de brasileiros que desejam se casar na França, além do certificado de costume, o chamado certificado de celibato, ou Declaração Consular de Estado Civil e de Capacidade Matrimonial.

O Itamaraty, por meio de seu Consulado-Geral do Brasil em Paris está habilitado a emitir declaração, já redigida em francês, que apresenta um resumo da legislação brasileira aplicável a casamentos e uniões estáveis, de maneira a instruir os processos de matrimônio e de união civil realizados na França, sem qualquer declaração ou apreciação sobre o requerente, seu estado civil ou situação jurídica. O formulário (anexo I) para solicitação é simples e sem maiores complicações em sua composição.

3.3 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS “*PARTENAIRES*”

O *PACS* por figurar estritamente objeto contratual, em seu registro gera direitos e obrigações recíprocas, assim como na sua dissolução. No artigo 515-4 do Código Civil Francês, estabelece que os parceiros a partir do registro do *PACS* ficam obrigados à estabelecerem vida em comum, assim como a prestar ajuda material e assistência recíproca ao outro.

Se houver cláusulas concernentes à ajuda material estabelecida como regra no Código Civil Francês, ficará limitada ao *pacsés*, quando não, limitar-se-á à capacidade financeira do companheiro. Serão consortes nas dívidas contraídas em benefício da vida em comum, excluindo-se dívidas contraídas anterior ao registro do *Pacte Civil de Solidarité*.

Para Wilfried Rault (2009), opta-se pelo *PACS* por motivos jurídicos, como a possibilidade de declaração comum de impostos, a obtenção de crédito bancário para a compra de imóveis mais facilmente e a facilidade na organização sucessória dos bens em caso de falecimento de uma das partes.

Podemos elencar como vantagem de adesão ao *PACS* a permissão da união homoafetiva, a facilidade administrativa, a gratuidade de dissolução, a declaração comum de impostos, dispensa solenidade no registro e dissolução, sendo de caráter estritamente administrativo.

O *PACS* não garante na legislação direitos acerca de adoção, sucessão e nem autorização de permanência no país para os estrangeiros. Não há previsão de direito à adoção entre parceiros unidos pelo *PACS*, na verdade a estes é vedado, sendo apenas permitido requerer individualmente a adoção, desconsiderando a união por meio do *PACS* e por consequência seu companheiro.

Conforme Laurence de Percin (2011) a adoção é autorizada somente a pessoas casadas a mais de dois anos ou solteiras, viúvos, divorciados ou separados de fato, acima de vinte e oito anos, desde que requerida individualmente.

No casamento é obrigatória a observância da fidelidade, segurança e assistência. Tanto que a presunção de paternidade no casamento é absoluta, contrariamente ao *PACS*, onde a autenticidade do parentesco é realizada por meio de exame de paternidade, que, uma vez confirmada, é concedido ao filho o direito de portar o nome do pai, da mãe, ou de ambos.

3.4 COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DE UNIÃO ESTÁVEL E O PACS

O instituto do *PACS* destina-se a duas pessoas físicas que são consideradas “*partenaires*”. No Brasil, a união estável também deve ser constituída entre duas pessoas físicas. No entanto, o termo utilizado para designá-las é “companheiros”.

No que concerne à orientação sexual dos *pacsés*, tal instituto pode ser firmado tanto entre homossexuais quanto entre heterossexuais, sendo a possibilidade de formalizar uniões homoafetivas, uma das razões de existir dos *PACS* em 1999, uma vez que a esses é vedado constituir o casamento. Já no Brasil, a união estável inicialmente era destinada apenas a uniões entre homem e mulher, a união estável por pessoas do mesmo sexo só foi possível após 2011 quando o STF decidiu favoravelmente.

Diferentemente da França que teve como propósito a criação do *PACS*, possibilitar a união estável por pessoas do mesmo sexo, no Brasil o que deu causa a regulamentação deste instituto foi a proteção do hipossuficiente convivente fora da relação matrimonial.

A capacidade das partes sujeitas a ambos os institutos é o primeiro contraponto realizado para o estudo das condições de formação do *PACS* e da união estável. No *PACS*, conforme o artigo 515-1 do Código Civil Francês, o pacto não é destinado aos menores de idade, mesmo em caso de emancipação. De outro modo, aos maiores de idade submetidos à tutela foi possibilitado efetuarem tal contrato em 2009, mediante assistência de um tutor e sob autorização do juiz ou do conselho de família, bem como após a oitiva dos futuros *paternels*. Por outro lado, os maiores de idade que estão sob curatela não necessitam de assistência ou autorização.

No Direito Brasileiro, o legislador não pauta acerca da capacidade dos companheiros em uma união estável. Porém, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp n. 1414884/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, pela aplicação, por analogia, dos mesmos requisitos de capacidade necessários para contrair nupcias, ou seja, aplica-se o artigo 5º do Código Civil. A menoridade finda aos 18 anos, tornando as pessoas aptas para a vida civil, na qual se inclui a união estável. O mesmo artigo dispõe sobre hipóteses de cessação da incapacidade antes dos 18 anos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante o REsp n. 1.201.462/MG, é no sentido de que, independente de a união estável ser considerada negócio jurídico ou ato jurídico, a disciplina dos artigos 104, 166 e 185 do Código Civil

deve ser aplicada, de forma que a higidez mental torna-se essencial ao reconhecimento da união estável. No quesito da capacidade individual, a respeito da maioridade civil para firmar o *PACS* ou constituir a união estável é semelhante nos dois países, já que é exigido que os contraentes sejam maiores de 18 anos.

No que tange aos impedimentos de configuração dessas uniões não maritais, o Código Civil Francês prevê no artigo 515-2. § 2º proibição para que haja *PACS* quando uma das pessoas, ou ambas, já são casadas em razão da obrigação de fidelidade no instituto do casamento. No mesmo sentido, pessoas que já firmaram um *PACS*, conforme o parágrafo 3º do mesmo artigo, embora não seja pela mesma razão de obrigação de fidelidade, também não podem efetuar outro *PACS*. Isso decorre do conceito de que o *PACS* seria uma vida comum a dois.

No Direito brasileiro o artigo 1.723, §1º, do Código Civil dispõe acerca dos impedimentos para caracterização de união estável e estes são os mesmos descritos para o casamento no artigo 1.521 também do Código Civil. Porém, existe uma exceção a respeito do inciso VI do artigo 1.521, uma vez que é possível que pessoas casadas constituam união estável, se estiverem separadas de fato, pois a família funda-se pelo princípio da afetividade.

Na França, o *PACS*, de modo algum, pode ser firmado se as pessoas estiverem casadas ou em outro *PACS*. No Brasil, na união estável, existe a exceção para as pessoas que estão separadas de fato no casamento. Veja-se que na realidade essa hipótese, demonstra a presença de um viés fático e informal na união estável brasileira, o qual não ocorre no *PACS*.

O Código Civil Francês aponta impedimentos acerca da “*capacite mutuelle*”, que se refere aos *pacsés* nas relações familiares e afetivas já existentes, nesse sentido, o artigo 515-2, parágrafo 1º do proíbe o *PACS* entre ascendentes e descendentes em linha direta, entre parentes em linha direta e entre colaterais até terceiro grau. Existem, para o casamento, exceções à vedação no caso de parentes e colaterais de terceiro grau, mas, para o *PACS*, elas não se aplicam, sendo esses casos encaminhados ao instituto do concubinato.

No direito brasileiro o artigo 1.521 do Código Civil, aponta que o ascendente e o descendente não podem estabelecer união estável, independente de o parentesco ser civil ou natural, também não sendo permitida a união estável entre afins em linha direta. Em ambos os casos, busca-se evitar o incesto. O mesmo aplica-se aos adotados com seus parentes, conforme a previsão da Constituição Federal de igualdade nesses casos.

Verifica-se que as hipóteses de impedimento por parentesco na França são

abarcadas pelo Direito brasileiro cuja previsão é ainda mais esmiuçada, como no caso da proibição da condenação por homicídio ao cônjuge/companheiro, sobre estes casos, não há correspondência na legislação francesa.

A legislação francesa esclarece as consequências do descumprimento desses requisitos, as proibições trazidas no artigo 515-2 provocam nulidades absolutas, de acordo com o conselho constitucional, podendo ser alegada inclusive por terceiros. Por outro lado, no caso do pacto que não cumpre os requisitos inerentes ao menor de idade ou ao maior em tutela, trata-se de nulidade relativa, pois a alegação de nulidade deve ser feita por parentes próximos, bem como é cessada quando o menor atinge a maioridade e, para o maior sob tutela, em caso de cessação da tutela.

No Brasil, o dispositivo que fala dos impedimentos na união estável não prevê a nulidade como consequência, mas sim a “não constituição da união”. No contrato de convivência, como se aplicam as regras contratuais, a ausência de agente capaz, absoluta ou relativamente, provoca consequentemente, a nulidade ou anulação do negócio jurídico, de acordo com os artigos 166 e 171 do Código Civil.

Percebe-se que, apesar das semelhanças das hipóteses de impedimentos, os efeitos do descumprimento dessas normas são diferentes nos dois países comparados. Enquanto na França trata-se de nulidades contratuais que afetam o plano da validade e da eficácia, no ordenamento brasileiro, quando não há contrato de convivência, seja por nunca ter havido, seja por ter sido declarado nulo, simplesmente deixa-se de reconhecer a união estável e todos seus efeitos, havendo prejuízo a uma parte enfraquecida nessa relação. Assim, em ambos os casos seja no *PACS* ou na união estável, se houver impedimentos, não ocorrerão efeitos jurídicos; no entanto, no segundo instituto, por tratar-se de união fática, os problemas do não reconhecimento são mais evidentes.

Entende-se que verificar as regras inerentes à capacidade para constituir tais uniões é fundamental para que se compreenda como a autonomia privada, instrumento pelo qual o consentimento é parte fundamental na constituição do *PACS* e já que estamos no âmbito comparativo, esbarramos no quesito de maior diferença entre os dois institutos, a saber, autonomia da vontade das partes e expressão inequívoca do consentimento.

O consentimento é termo indispensável no *PACS*. No entanto, no Brasil, a aplicação deste só é possível quando houver contrato de convivência. Embora não exista no Código Civil Francês regras específicas sobre o consentimento para o *PACS* como há no casamento, o consentimento é essencial para a validade do *Pacte Civil de Solidarité*. Por isso, foi necessário que o conselho constitucional determinasse que, o *PACS*, seria

disciplinado pelos artigos 1.109 e seguintes do Código Civil Francês, que tratam dos direitos comuns dos contratos e não se utilizaria os previstos para o casamento.

OPACS não enseja obrigação de fidelidade, assim como na união estável, no segundo instituto é previsto a lealdade como requisito necessário. Como no Brasil a união estável dispensa contrato jurídico para que se constitua, fala-se em consentimento apenas quando há contratos de convivência e escrituras públicas de declaração de união estável. Havendo vícios, estes não são capazes de anular a união em si, mas sim invalida as cláusulas estipuladas naqueles instrumentos.

Por atender regras contratuais, também é admitido como vícios de consentimento no Direito Francês o dolo e a violência, admitidos como forma de nulidade. No Brasil, por outro lado, os vícios de consentimento pouco ou nada influenciam no reconhecimento de uma união estável, mas tão somente atuam na validade do eventual contrato de convivência com registro em escritura pública.

Quanto às formas e efeitos a principal característica é a mudança de estado civil que ocorre a partir da celebração do PACS. Assim foi instituído o PACS em 1999, a mudança do estado civil não existia, principalmente em razão das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Apenas em 2006, houve essa alteração onde se passou a prever que tanto a existência do PACS quanto a identificação da união dos pais deveria constar à margem do documento de nascimento, conforme o artigo 515-3-1 do Código Civil Francês.

No Brasil a união estável não serve como forma de modificação do estado civil. Dias (2005) afirma que a não alteração do estado civil traz insegurança aos companheiros e pode causar prejuízos a terceiros que não conheçam a condição de vida da pessoa com a qual firmam algum negócio. Verifica-se que o Brasil enfrenta um problema semelhante ao que ocorria na França entre os anos 1999 e 2006, pois o PACS gerava efeitos sobre o patrimônio, mas não alterava o estado civil, tornando-se complexo em relação a terceiros tal como é a união estável hoje.

Pereira (2004) ao comparar as uniões estáveis brasileiras e o PACS francês, o jurista entende que:

Enquanto na França é crescente o número de PACS, no Brasil os contratos de convivência são pouco utilizados, tanto pela ausência de consciência de sua importância quanto pela fuga ao formalismo, além também da repentina transformação do namoro em união estável, sem definição precisa do momento disso. Considera, no entanto, como principal motivo o constrangimento de discutir questões patrimoniais nos relacionamentos amorosos (PEREIRA, 2004, p.53)

A posição de Pereira (2004) evidencia que na França, a autonomia da vontade das

partes, principalmente nos contratos em si, são valorados o que não ocorre no Brasil, pelo fato de que a legislação não aponta como necessária a realização do negócio jurídico para que a união estável possa vir existir, o que acarreta um absurdo volume de litígios judiciais.

A defesa da obrigatoriedade do contrato para validação da união estável busca trazer maior segurança jurídica ao instituto, visto que o contrato é um instituto que veio para pacificar as conquistas e proteger os direitos patrimoniais. Foi a partir dele que ao invés de utilizar a violência para perseguir os seus fins, o homem passou a recorrer às formas de contratação, que é um dos primeiros e principais instrumentos de relação jurídica. Arnold Wald (2000) para ressaltar o valor do contrato para direito e a sociedade assevera que:

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão adversas quanto o contrato, que se adaptou à sociedade com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto às que existiram na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. (WALD, 2000, p. 221)

É no conceito do sociólogo Durkheim que vamos entender a evolução contratual e a sua importância na sociedade, as garantias e direitos que foram adaptando o contrato visando a justiça diante do apelo de um pensamento social. É com base na moral que as relações vinculadas pelo instituto do contrato foram pensadas e moldadas ao Direito sempre em busca da justiça nas relações estabelecidas por meio deste objeto. Serão analisados preceitos básicos para um contrato válido e suas implicações de justiça diante da observância destes.

4. NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O instituto de união estável surge para sanar uma demanda familiar ora ignorada pelo estado, o concubinato, cuja adesão era única medida viável para o convívio dos que assim desejassem constituir uma nova família e por lei estivesse impedido. Antes da regulação do divórcio os desposados não tinham a possibilidade de contrair novas núpcias, este instituto criado com o intuito inicial de resolução desta questão, pode conferir direitos aos concubinos. O legislador ao normatizar a união estável, estabelece os direitos devidos a quem contraiu família sem vínculo matrimonial.

Foi para amparar os direitos das concubinas que o instituto de união estável foi regulado. Porém, o legislador ao equipar a união estável ao casamento, conferindo direitos patrimoniais, sucessórios, previdenciários, de alimentos assim como os que estão unidos por um contrato matrimonial, não apresentou igualdade semelhante em sua forma.

A diferença que pode ser observada entre o instituto do casamento e o da união estável é o formalismo e a sua natureza jurídica. O casamento tem natureza jurídica negocial, o que confere direito às partes convencionarem sobre regime de bens, por exemplo, e no tocante à formalidade está obrigatoriamente vinculada ao ato solene de celebração o que deixa claro no momento da dissolução o seu início, coisa que não é facilmente determinado nas uniões estáveis sem vínculos contratuais.

O legislador na regulamentação do instituto dispensou o formalismo contratual para a existência da união estável, o art. 1.723 do Código Civil, aponta os elementos essenciais para a sua caracterização. Dada a comprovação destes, diferente do casamento, os conviventes que não possuem vínculo contratual comprobatório de união estável, não poderão convencionar sobre qual regime de bens adotar, o que deixa claro o Código Civil no seu artigo 1.725 quando diz: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Partindo do princípio que configura-se união estável a partir da identificação dos elementos obrigatórios trazidos pelo legislador, enquadra-se no rol das entidades familiares previsto no § 3º do art. 226 da Constituição. A partir desta caracterização, são geradas obrigações recíprocas, como destaca o art. 1724 do Código Civil que determina “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” Diante das obrigações inerentes e da

caracterização da união estável como entidade familiar, trouxe o legislador equiparação entre os dois institutos, porém, o que a doutrina aponta como maior divergência entre estes é a sua natureza jurídica.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2011), o casamento detém natureza de negócio jurídico e esta reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de autonomia privada presente na liberdade na escolha do cônjuge, do próprio ato de casar-se ou não, e seus efeitos também são geridos pela liberdade onde, os cônjuges dispõem de autonomia nas decisões patrimoniais quando são livres na escolha do regime de bens a vigorar em seu casamento.

O mesmo não acontece nas uniões estáveis onde sua natureza jurídica é o ato-fato jurídico. Atos-fatos jurídicos são involuntários, não é facultado à(s) partes convencionar, nesses casos, a autonomia da vontade não é considerada como classifica Marcos Bernardes de Mello (2003) “no ato-fato jurídico, a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante.”

O termo contrato, em regra, é associado aos negócios patrimoniais e, dentre eles, os negócios jurídicos bilaterais de direito das obrigações. O casamento tem natureza contratual, porém, este é um contrato de direito de família, entendimento doutrinário apoiado, inclusive, no direito francês quando na Assembléia Constituinte, instalada após a eclosão da Revolução Francesa de 1789, foi proclamado que “*La loi considere Le mariage que comme un contrat civil.*”

Washington de Barros Monteiro (2016) em seu conceito de casamento, evidencia a autonomia da vontade das partes que o a própria vinculação contratual confere ao instituto quando afirma:

O casamento é uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos... A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei. (MONTEIRO, 2016, p. 65)

A relação contratual que estabelece o casamento é um contrato de direito de família, e a este é necessário o cumprimento de todos os requisitos para validade contratual. A união estável por ser instituto estabelecido sem vínculo contratual, sua determinação se dá a partir da identificação do *animus* de constituição de família. São por meio de elementos subjetivos que a união estável passa a deter todas as garantias inerentes ao casamento sem ter cumprido os mesmos requisitos. É necessário avaliar a equidade entre os institutos, visto que, os direitos

e obrigações foram equiparados, porém, a autonomia da vontade expressa no casamento por meio da celebração contratual, no pode ser encontrada na união estável.

Diante da formalidade exigida no casamento, os elementos de validação contratual são sanados em sua completude neste instituto, encontrados vícios, o contrato matrimonial é passível de anulabilidade e nulabilidade. Nestes casos invalida o instituto como um todo, havendo vícios no contrato de convivência, anula-se apenas o contrato.

É com base no contrato que os direitos inerentes ao casamento são aplicados, seus termos e aceitação são incontestáveis, salvo em caso de inobservância das próprias regras contratuais. São passíveis de anulação, contratos vinculados, por exemplo, por violência, ameaça, má-fé, estes são denominados pela doutrina casamento putativo.

O contrato é mecanismo de proteção das partes, sendo a clareza de seus termos, objeto indispensável. O contrato tem como origem a busca pela justiça, e seu componente basilar é a vontade das partes. Nelson Nery Junior (2014) deixa bem claro que “O primeiro elemento essencial do contrato é a vontade. Sem o acordo de vontades não pode existir contrato.”

Na união estável onde não há contrato onde possa vincular a expressa vontade das partes, a vontade de constituir família, o *animus*, é frágil a alegação acerca de atitudes e comportamentos que não são exclusivos em um relacionamento de família como determinante de união estável.

Nery (2014) é enfático ao afirmar que a vontade das partes se revela pela proposta e pela aceitação, a subjetividade não subsiste em uma relação contratual.

A proposta estampa a intenção de alguém que quer contratar e, bem por isso, essa proposta deve conter todos os elementos necessários à integração da vontade do proponente, de maneira séria, completa, clara, dirigida à pessoa a quem se destina, de forma inequívoca e leal. (NERY, 2014, p. 74)

Flávio Tartuce (2014) afirma que os elementos essenciais da união estável são totalmente subjetivos, razão pela qual se acredita existir uma verdadeira cláusula geral para a sua constituição, a lei não exige nem mesmo que os companheiros residam sob o mesmo teto, uma vez que continua em vigor a Súmula 382 do STF, o que causa variações jurisprudenciais e fragilidade no instituto quando contraído sem registro cartorial contratual.

A união estável mesmo equiparada ao casamento, geradora de direitos e obrigações, tratada à luz da constituição como entidade familiar, gera efeitos patrimoniais, porém, não

atende ao princípio da autonomia da vontade das partes. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) explanam a perspectiva civil-constitucional do contrato e afirma que:

O contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vista à pacificação social e ao desenvolvimento econômico. (PAMPLONA; GAGLIANO, 2011, p.128)

Com a aceitação plena do instituto de união estável sem vínculo contratual, geram diversas questões dúbias em momento de litígio. O contrato, sobretudo, no direito de família, onde permeia diversas questões de ordem emocional, atua como fonte de instrumento de pacificação. A data que deu início a relação, a vontade das partes em estabelecer vínculo de união estável, seria perfeitamente encontrados no objeto contratual.

A possibilidade de convencionar acerca do regime de bens só pode ser adotado, por meio do contrato, por meio deste não o que não gera obrigações impostas. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011) complementa “não se pode validar um contrato como instrumento de opressão. Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá a sua função social no momento em que não enseje prejuízo ao livre exercício da autonomia privada.”

Embora a doutrina aponte a união estável como ato-fato jurídico, nos deparamos com a indisponibilidade da liberdade aos enamorados para se relacionarem amorosamente quando os priva de uma “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher”, sem que lhes seja passível de obrigações semelhantes às do casamento. Por mais que o *animus* seja elemento essencial na configuração da união estável, há possibilidade de que um destes, não deseje estabelecer entidade familiar, mas sim, um simples namoro.

O entendimento determinante na caracterização da união estável é o intuito de constituição de família, é isto o que diferencia cabalmente o namoro da união estável, o que entende de forma dúbia, José Fernando Simão (2012) quando afirma “se há um projeto futuro de constituição de família, estamos diante de um namoro”.

4.1 UNIÃO ESTÁVEL OU NAMORO

A forma de constituir família e de se relacionar, de maneira geral, tem se modificado como já pode ser descrito anteriormente. O reconhecimento da união estável no ordenamento

jurídico brasileiro foi um avanço porque o Estado cumpriu seu papel garantista na proteção de direitos a quem de fato os detinha. A ausência de legislação que regulasse a união estável reforçava a omissão do estado na garantia dos direitos de família. O objeto a ser analisado aqui é a subjetividade dos elementos essenciais trazidos pelo Código Civil para caracterizar a união estável e sua semelhança com condutas vividas em um simples namoro.

A confusão se estabelece nos casos onde há uma estabilidade na relação de namoro, que, por unir elementos caracterizadores de união estável, as partes muitas vezes convencionam apenas um namoro, porém, um dos membros desta união em momento de término da relação, motivado pela ira própria do fim do relacionamento, pode vir a pleitear pelo reconhecimento de união estável. O namoro com coabitação se aproxima em muito com a união estável e esta semelhança pode gerar dubiedade quanto aos elementos caracterizadores deste instituto.

Sem prova material de que houve intenção de constituição de família, vê-se ignorada a autonomia da vontade das partes o que traz prejuízos para o instituto. Para Luciano L. Figueiredo (2018), “o raciocínio deveria ser simples: em havendo uma declaração de vontade em desfavor da união estável, esta deveria ser afastada por ausência de *animus*, ensejando o relacionamento um mero namoro”.

Luciano L. Figueiredo (2018), traz em seu exemplo um caso onde as duas partes podem ser ouvidas e a presença de *animus* poderia ser atestada ou afastada de acordo com o pronunciamento de ambos, mas nos casos de morte, nos casos de pensão previdenciária? A quem caberia alegar *animus*? O companheiro vivo interessado?

Alguns mecanismos tornavam-se facilitadores para comprovação da união estável, como por exemplo, a coabitação e a prole em comum. Porém, o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 382 dispensa a coabitação e a existência da prole comum, como também não estabelece prazo mínimo para que esta seja identificada, sendo necessária apenas a observância do art. 1724 do Código Civil que enseja aos companheiros obrigações de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos.

Os pré-requisitos necessários para configuração da união estável, trazidos pelo Código Civil, como já dito anteriormente em muito pode ser confundido com o namoro por seu caráter normativo subjetivo. Nas uniões em que há ausência do Contrato de Convivência, previsto pela Lei 9.278/96, prevalece a presunção de “condomínio” entre os conviventes dos bens adquiridos durante a união estável, salvo se em decorrência de serem produtos de bens adquiridos antes do início da união. Sem contrato que comprove a data do início da relação,

dificulta a determinação de quando o namoro passou a ser união estável, para que seja cumprida essa separação de bens em caso de dissolução da união estável.

A aproximação do namoro com o instituto da união estável é que traz as maiores dúvidas nos casos práticos, pois, é comum nos namoros serem encontrados elementos como intimidade ímpar, comunhão de leitos e publicidade exacerbada da relação. O desafio nos processos de litígio para além das implicações reais em uma dissolução de união estável é a diferenciação de uma união estável para um namoro.

É sabido que namoros, em regra, são desprovidos de consequências jurídicas, já a união estável tem por analogia todas as implicações do matrimônio, partilha de bens geram fixação de alimentos, direito sucessório, pensão previdenciária. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2015), é possível que o namoro leve uma partilha patrimonial, fincada no direito obrigacional e com base na vedação ao enriquecimento ilícito sem causa, com olhos à aplicação da teoria da sociedade de fato, porém, são casos excepcionais, o que seria aplicável quando os enamorados adquirirem um bem em conjunto, com esforço comum.

Cotidiano e real na vida do brasileiro, essa diferenciação se apresenta complexa para a sociedade como um todo, assim como também para o judiciário que tem como base a jurisprudência e doutrina. A diferenciação nos tribunais tem sido apoiada na presença do *animus* de constituir família e a observância dos elementos essenciais para a caracterização da união estável trazido pelo Código Civil. Diante da publicização trazida pelas redes sociais de uma vida em comum, as decisões tem sido apoiadas majoritariamente no conjunto probatório processual relativo ao *animus* que envolve a percepção de projetos em comum, contas conjuntas, declaração de dependência, convívio social.

Maria Berenice Dias (2007) defende que, na busca da intenção, deve ser analisado o nível de comprometimento do casal. Já Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010) apontam que seu *affectio maritalis* relaciona-se à intenção do casal de estar vivendo como se casados fossem, havendo tratamento recíproco como esposos e objetivos tratados em comum. Flávio Tartuce (2014) vai além e afirma que elemento caracterizador a ser identificado seria o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*).

Pode-se afirmar que na maioria dos namoros quando consolidados visam à constituição de família, a partir deste sentimento de futura constituição de família o namoro poderia ser tomado como união estável sem a livre manifestação de vontade expressa das partes?

Um programa de televisão de abrangência nacional “FANTÁSTICO” da emissora Rede Globo, apresentou uma reportagem intitulada: “CONTRATO DE NAMORO É ALTERNATIVA PARA EVITAR ABORRECIMENTOS EM UMA EVENTUAL SEPARAÇÃO”. Na abordagem do tema, ficou claro como as pessoas têm sido surpreendidas com processos judiciais após o fim de um namoro por seus ex-namorados pleiteando em juízo, direitos patrimoniais. Partilha de bens eram solicitadas enquanto uma das partes não tinha menor conhecimento que sua relação poderia se caracterizar união estável e nem mesmo houve nenhuma expressão de vontade para que esta pudesse ser passível a tais cumprimentos judiciais.

O problema maior encontra-se no entendimento majoritário que em muito fere os princípios constitucionais da liberdade e livre expressão da vontade, entende-se majoritariamente que o instituto da união estável é tratado como avolitivo, ou seja, independe da vontade das partes. Como explica Marcos Bernardes Mello (2003):

Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa assim, se houve, ou não, vontade em praticá-lo. (MELLO, 2003, p.55)

Paulo Lôbo (2008) deixa claro que a natureza jurídica da união estável é de ato-fato jurídico, sendo assim, o entendimento majoritário despreza qualquer manifestação da vontade para que sejam produzidos efeitos na união estável, segundo ele “basta a configuração fática para incidência das normas cogentes, estando verificada a união estável.”

Na reportagem de televisão citada anteriormente, foi pautado como meio de proteção jurídico-patrimonial o ‘contrato de namoro’, porém, este elemento tem eficácia relativa, visto que mesmo com a presença deste elemento, onde traz a expressa vontade das partes em constituir um mero namoro, se forem apontados elementos caracterizadores da união estável, em nada será observado o contrato pré-estabelecido.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) segue a doutrina majoritária que afasta as garantias contratuais de um contrato de namoro, a estes são atribuídos de forma geral, maneira de burlar as efetivas obrigações que uma união estável acarretaria, fica clara sua opinião quando afirma:

Se as aparências e a notoriedade do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá contrato desta espécie que estabeleça o contrário e que busque neutralizar a incidência de normas cogentes, de ordem pública, inafastáveis pela simples vontade das partes. (GONÇALVES, 2011, p.89)

Com vista à observação das garantias e proteções concernentes às relações contratuais, percebemos que na ausência do contrato no instituto de união estável geram inúmeros litígios e sua resolução é desafiadora para o judiciário. O instituto do contrato concede segurança aos por ele vinculados. É possível perceber que a sociedade tem procurado mecanismos de proteção em relação às obrigações que as convivências duradouras afetivas ensejam, como no caso do contrato de namoro, porém, o direito não tem sanado suas necessidades. O contrato por sua clareza e necessidade de consentimento inequívoco, traduz a segurança buscada pela sociedade com vista à proteção patrimonial nos modelos de relacionamentos contemporâneos.

4.20 CONTRATO SOB A ÓTICA DE EMILE DURKHEIM

Como tratado anteriormente, para existir união estável, o legislador brasileiro não vincula a obrigatoriedade contratual, a ausência deste implica na comprovação de elementos subjetivos e muitas vezes de difícil determinação nos litígios. A presença de um contrato de união estável simplificaria todo o processo em situações de litígio, ou até mesmo na comprovação dos direitos previstos pela legislação aos unidos por uma união estável.

Emile Durkheim nos amplia a visão acerca da importância contratual, esclarece como a proteção patrimonial teve como elemento fundamental a observância contratual e evidencia a necessidade do surgimento do contrato e a sua importância social. A propriedade privada só apareceu quando, da massa familiar, um indivíduo se destacou, a encarnar em si toda a vida religiosa esparsa nas gentes e nas coisas da família, e a tornar-se o detentor de todos os direitos do grupo. Nesse sentido, hoje em dia os caracteres fundadores da propriedade residem na pessoa.

Após o enfraquecimento da religiosidade no tocante aos direitos patrimoniais, a propriedade deixa de ser coletiva e passa a ser individual, Durkheim afirma a necessidade da iniciativa por parte dos contraentes no processo de normatização dos direitos patrimoniais e afirma:

Era necessário que o indivíduo deva ter ampla iniciativa; para que essa iniciativa seja possível, deve haver uma espécie de domínio no qual o indivíduo seja seu único mestre, em que possa agir com total independência, proteja-se de toda pressão externa para ser realmente ele mesmo. (DURKHEIM, 2002, 64)

Apontada a complexidade do contrato, Durkheim o conceitua como instrumento não primitivo e define como “instrumento por meio do qual são efetuadas mutações.” As mutações compreendidas a partir de uma livre contratação, não poderia subsistir sem o amparo legal, este afirma:

É no contrato que se constitui as primeiras e fundamentais bases sobre as quais o direito repousa; Implica que pelo menos duas personalidades jurídicas estão constituídas e organizadas, que entrem em contato, e que tais contatos alteram sua constituição; algo que sairia de uma pessoa para a outra e vice-versa.(DURKHEIM, 2002, p.69)

O contrato é fonte de variações, a supor um primeiro fundo jurídico, de outra origem. O contrato é, por excelência, o instrumento das mutações como dito anteriormente, podemos exemplificar, uma mutação pacífica, com o consentimento de duas famílias, e teremos o contrato de casamento sob forma mais ou menos rudimentar.

Os modelos contratuais e as formas de celebração foram se aprimorando com o a adequação temporal e a normatização do direito. Os contratos celebrados anteriormente nem sempre foram nas formas convencionais que conhecemos hoje, como a relação contratual tem base originária religiosa e moral, a convenção entre as partes muitas vezes eram celebradas pelo simples ato de comer na mesma mesa, a mesma comida e a mesma bebida. Como meio de celebração de obrigações recíprocas e também, mais atento ao viés religioso, o uso de sangue era meio contratual, dado pela mistura de gotas de sangue dos contraentes, selavam assim seu compromisso, chamada de Blood-Covenant. O ritual unia os sangues dos contraentes, já que o sangue era tido como “veículo de um princípio sagrado com o qual se funde e que ter o mesmo sangue é participar de um mesmo deus.” (DURKHEIM, 2002).

Embora as maneiras que se iniciaram as celebrações contratuais não mais se apliquem e nem mesmo sejam amparadas pelo direito propriamente dito, Durkheim evidencia que o que constitui o contrato é a concordância afirmada das vontades das partes. É a partir da vontade das partes proferidas por meio de ato contratual que gera obrigações e direitos, só então, poderão produzir efeitos jurídicos.

A gênese contratual é a afirmação da vontade das partes, que a partir daí geram direitos e deveres. É importante destacar que o ato de celebração era muito valorizado é tanto que Durkheim narra que embora tivessem sido acordadas certas obrigações, antes que a prestação fosse realizada, enquanto os contraentes não misturavam seu sangue, o chamado Blood-Covenant, ou não sentavam à mesa para comer da mesma comida, eles permaneciam

livres para voltar atrás da sua decisão. A formalidade contratual mesmo em moldes arcaicos do ponto de vista do direito, sempre foram determinantes no cumprimento das obrigações contratuais, em toda evolução do modelo contratual a expressão da vontade das partes nunca foi desprezada, pelo contrario, é evidenciada e, vale ressaltar que, o direito estatutário que nesta época ainda não tinha nascido, mas um novo modelo contratual engatinhava e ganhava forças, o contrato consensual.

As vontades só podem ser ligadas sob a condição de se afirmarem exteriormente, de se produzirem para fora. Devem ser conhecidas para que a sociedade possa atribuir-lhes um caráter moral. Essa afirmação, essa manifestação externa, é feita por meio de palavras. As palavras são reais, materiais, realizadas, e podem possuir também uma virtude religiosa graças à qual, após terem sido ditas, terão o poder de ligar e de obrigar aqueles que as pronunciaram. (DURKHEIM, 2002, p. 66)

Para Durkheim o formalismo jurídico não passa de um sucedâneo do formalismo religioso, não havendo dúvida que a religião e a moral são a origem dos contratos solenes, o rito baseado em um juramento a deus e aos homens. Inclusive o direito romano era ao início uma coisa religiosa e pontifical, não há dúvida de que esse *verba* foram inicialmente fórmulas rituais destinadas a dar caráter sagrado ao compromisso.

Os gestos e rituais praticados nos atos de celebração de contratos tinham como objetivo a criação de um vínculo entre as partes, apresentado no modelo romano, feudal onde, para a fidelidade eram expressas quando o homem ajoelhava-se e colocava suas mãos nas mãos do senhor. Rituais como estes ainda são presentes em contrato matrimonial, onde pela junção das mãos dos noivos se promete em casamento. Atualmente estes rituais são apenas símbolos sem valor jurídico, mas fica claro de onde derivaram.

Sejam quais forem as solenidades utilizadas, os compromissos assumidos pelas duas partes ainda devem ser cumpridos por completo, mesmo após essas solenidades. De ambos os lados há apenas promessas, porém estas comprometem os dois contratantes. (DURKHEIM, 2002, p. 70)

Em Roma, o aperfeiçoamento dos contratos ocorreu a partir da época clássica, com o nascimento do contrato consensual, onde se pôde adaptar o rígido formalismo do contrato solene, ficando de lado assim, as fórmulas estereotipadas e consagradas pela tradição. Eram claros os elementos do contrato sendo solene, estes indispensáveis a declaração de vontade, de forma publica onde depois de firmado, geraria obrigações jurídicas.

O princípio de eu toda obrigação jurídica só podia ser original em um estado realizado de coisas ou de pessoas. Em si, esse princípio é incontestável. Todo direito tem uma razão de ser e esta consiste em algo definido, ou seja, em um fato adquirido.(DURKHEIM, 2002, p.81)

O contrato consensual reforçou a obrigatoriedade do cumprimento do acordo celebrado, garantindo assim a irrevogabilidade da vontade. A solenidade outrora exigida nos contratos se faz dispensada pelas necessidades de uma vida mais ativa, passava-se a priorizar os efeitos jurídicos contratuais dados pelos laços materiais estabelecidos, pelo fato adquirido.

Embora tenha perdido força pouco a pouco, o contrato solene não desapareceu, Durkheim (2002) conceitua o contrato consensual como “um contrato solene cujos efeitos úteis são obtidos de outro modo”. Não há nada na palavra que possa vincular aquele que pronuncia sua vontade, a força obrigatória, os atos, são fornecidos externamente. O contrato solene enaltece os símbolos, o consensual não precisa estar livre da solenidade como é o caso do casamento. Dotado de altos valores morais, o matrimônio é um ato solene, isso não ocorre apenas porque as solenidades facilitam a prova, precisam as datas, para além disso, a ligação e a mutação que este contrato promove nos contraentes, é apoiado na primeira espécie de contrato, contrato solene.

Anterior ao contrato consensual os direitos individuais envolvidos em todo contrato eram pouco protegidos. Com frequência o devedor sofria alguma “pena” que muitas vezes eram aplicadas por meio de golpes, prisão, multa. Na China e no Japão, por exemplo, os devedores recebiam determinados números de golpes de bambu.

Com o aprimoramento da relação contratual, não houve modificações apenas nas sanções, isto é, na organização externa do direito contratual, sua estrutura interna também foi totalmente transformada. Essa transformação se deu inicialmente pela obrigatoriedade de existência da boa-fé, deste modo, os contratos cujo alcance e consequências jurídicas devem ser exclusivamente determinados conforme as intenções das partes.

Na última fase do direito romano, o contrato devia receber uma interpretação estritamente estreita, a intenção das partes, embora fosse evidente, perdia seu efeito sempre que era impossível fazê-la sair das palavras utilizadas. Apenas no ano de 688, em Roma, foi instituída a ação *dolo*, que permite o contratante, enganado por manobras dolorosas, possa obter a reparação do dano causado.

Vemos que o contrato consensual constitui uma revolução jurídica, o consentimento, a declaração de vontade, a boa-fé, conseguiu transformar a instituição. Foi observado também o quesito liberdade, mesmo sendo algo subjetivo, o entendimento era que “tudo que diminui a

liberdade do contratante reduz a força obrigatória do contrato”. Em Roma, no ano de 674 foram admitida a nulidade nos casos em que houvesse vontade de contratar, porém esse contrato tivesse sido feito sob pressão e forçado, tornava o contrato viciado e por consequência, nulo.

O pensamento de punição indevida tomou o direito romano após a era de governo ditatorial imposto por Scylla, o direito passou a pautar senso de justiça de forma mais livre e as sanções contratuais aplicáveis anteriormente já não lhe pareciam mais justas, e o entendimento era que um ato injusto não poderia ser sancionado pelo direito sem contradição, o único sofrimento que nos parece justo é a pena, e a pena pressupõe um ato culpado.

Assim, todo ato que causa a nossos semelhantes um dano, sem que nada em sua conduta consiga diminuir os sentimentos que nos inspira tudo aquilo que é humano, nos parece imoral. Dizemos que é injusto. (DURKHEIM, 2002, p.81)

Dessa forma, a chegada do contrato consensual, combinado com um desenvolvimento dos sentimentos de simpatia humana, leva os espíritos a essa ideia de que o contrato não era mora, que só deveria ser reconhecido e sancionado pela sociedade sob a condição de não se tratar de um simples meio de explorar uma das partes contratantes, em suma, sob a condição de ser justo. Não basta o consentimento, deve ser observada a justiça e a equidade contratual, evidenciando assim, a negativa da sociedade em sancionar uma declaração de vontade que só foi obtida por meio de ameaças.

Quando Durkheim analisa a moral contratual, a maneira com que a sociedade julgou ser instituto garantista de acordos, ele explica que os contratos obtidos por meio de violência não podiam mais vigorar porque o contraente foi levado a ceder naquilo que não queria, desse modo lhe era arrancado por meio da força algo que ele possuía, concluindo assim que aquele contrato era objeto legitimador de extorsão. Com base nesse pensamento, a lei se nega a sancionar ato injusto, seja por meio de violência propriamente dita ou por astúcia, excesso de habilidade utilizada para gerar situações desfavoráveis ao outro. Torna-se reprovável todo contrato leonino, ou seja, contrato que favoreça de forma indevida uma parte à custa da outra; portanto, consideramos que a sociedade não é obrigada a fazer com que tais sejam respeitados, ou pelo menos, não o deve fazer respeitar integralmente quando no caso em eu fosse equitativo, concluindo assim não estar integralmente no mesmo grau de respeitabilidade.

Contratos pautados na observância da boa-fé, do consentimento, da autonomia da vontade, contratos onde possam ser apontada a sua equidade são metas contratuais com base

na moralidade e na solidariedade do pensamento social, é quando Durkheim afirma que “somente assim não haverá vencedor nem vencido”. Mesmo encorajando a não respeitar os contratos onde não sejam encontrados os elementos essenciais para um contrato justo, a sua teoria é baseada onde o direito acompanhado de preceitos morais sociais onde abarque e proteja o hipossuficiente de eventuais explorações por meio de violência ou até mesmo de consentimento por falta de opção, não é admissível que extorsões fossem permitidas por estar dentro de uma relação contratual, o silencio traria legitimidade por parte do estado com o aval do direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos da união estável puderam ser comparados com o instituto precursor de constituição de família, o casamento, que na sua forma em muito se distingue. Os elementos de maior diferenciação foram encontrados na celebração, as normas e formalidades obrigatórias no casamento que não são pautadas na união estável, sendo a única formalidade, o contrato de convivência que é instrumento facultado. O contrato de convivência é o único meio de estabelecer convenções concernentes ao regime de bens na união estável.

Pautou-se também, requisitos de constituição da união estável em comparação à luz do *PACS*, a capacidade para constituir união estável e *PACS*. Verificou-se que as disposições em ambos os ordenamentos jurídicos são imperativas e, portanto, não podem ser alteradas pelas partes.

No que concerne ao consentimento, é completamente diferente o tratamento conferido no Direito brasileiro e no Direito francês em razão da natureza jurídica diversa da união estável e do *PACS*, tendo o *PACS* natureza jurídica negocial, a relação contratual se faz obrigatória, já no caso da união estável, a sua natureza jurídica é o ato-fato jurídico, tendo como faculdade o contrato de convivência, o que dificulta a constatação de vícios.

Observados vícios de consentimento no contrato de convivência, anula somente o disposto no contrato de convivência ou a escritura pública, mas não a união estável em si. Já no instituto do *PACS*, que detém natureza contratual, se verificada presença de erro, dolo ou emprego de violência, a união não subsiste, ela sequer existe no plano jurídico. O consentimento, desse modo, não é uma obrigação legal na união estável.

O conteúdo do contrato de convivência e do contrato de *PACS* é limitado pelo que a lei autoriza às partes disporem. A própria legislação estabelece limites à autonomia privada das partes no direito francês e no direito brasileiro.

O *PACS*, por meio da publicidade a este vinculada, confere efeitos perante terceiros e mudança de estado civil. No Brasil, o único requisito do contrato de convivência é a forma escrita, pois o registro civil do contrato é discutível, bem como não há mudança de estado civil. Não há, por isso, a mesma delineação das formalidades previstas no direito francês, mesmo nas uniões estáveis em que foram firmados contratos de convivência.

Considerando que a expressão de autonomia de vontade explícita na união estável é facultada, confronta-se diretamente com o entendimento do legislador francês, que embora tenha instituído o *PACS* como instrumento de união simplificado, não dispensa

mecanismos de proteção e consentimento das partes.

No Brasil, há amplitude dos meios de prova para comprovação de existência de união estável, enquanto na França, até mesmo as relações de concubinato são aceitas preponderantemente por meios documentais. Instituto este que não tem a equiparação aos direitos dos unidos por vínculo matrimonial como acontece no direito brasileiro.

A problemática maior apontada neste estudo decorre no âmbito dos efeitos patrimoniais dessas uniões, pois no Brasil a união estável, no silêncio das partes, submete-se ao regime de comunhão parcial de bens. Nesse sentido, a insegurança jurídica diante dos meios de prova no ordenamento brasileiro pode causar distorções à livre manifestação da vontade, uma vez que determinados meios de prova, como fotos e correspondências, são extremamente controversos, pois, poderão ser confundidas relações de namoro com união estável.

Num viés prático, explanou-se a formação do conceito de namoro, os quais possuem elementos objetivos muito semelhantes aos da união estável, porém, tal instituto geralmente é o que precede a união estável, por isso, os problemas probatórios em relação ao elemento subjetivo subsistem.

Após a análise da influência da manifestação da autonomia privada na formação da união estável, verifica-se que a classificação da natureza jurídica deste instituto como ato-fato jurídico apresenta-se controversa, pois a união é também constituída por um elemento subjetivo e, ademais, tal elemento é exigido. Porém, pela ausência contratual, a não expressão da vontade das partes dá margem a inúmeros litígios pela admissão de provas subjetivas, o que leva à dubiedade na interpretação e insegurança jurídica.

A linha analítica da pesquisa prossegue na comparação dos efeitos dos institutos no que se refere à expressão da autonomia de vontade, seja ela explícita ou implícita, no que tange aos reflexos jurídicos do dever de assistência mútua existente na união estável e no *PACS*. O legislador francês não considera que o vínculo das uniões fáticas seja suficiente para resultar em dever de assistência, já no Brasil a união estável resulta nesta obrigação com a expressão mais significativa: prestação de alimentos. Na França a prestação de alimentos é discutível, pois as modalidades do dever de ajuda material e assistência recíprocas são estipuladas pelas partes, ou, quando previstas em lei, referem-se à solidariedade nas dívidas da vida cotidiana, por exemplo.

No direito brasileiro os reflexos jurídicos do dever de assistência mútua são previstos por entendimento de proteção do Estado da parte economicamente mais fraca. Nesse entendimento de proteção dos direitos do hipossuficiente é que determinou-se a instituição

do regime de comunhão parcial de bens como premissa na união estável, onde entendia-se como eficaz no momento da regulamentação da união estável, dados os casos e o contextos em que se enquadravam as uniões estáveis. Estas geralmente estabelecidas pela impossibilidade de contrair matrimônio e pela “regra” de provimento econômico por parte do homem.

Embora seja dever do Estado proteger todos os entes familiares, a imposição do regime de comunhão parcial de bens, configura-se como um óbice do ponto de vista da autonomia privada. Com a alteração do conceito de família, não baseada no conceito econômico, mas sim, na afetividade, as famílias já não se configuram pelos papéis outrora destinados. Entende-se que o assunto é complexo e influenciado por diversos fatores sociais e culturais, porém, tais fatores são alheios ao objetivo da pesquisa, que não é dar uma solução definitiva ao problema, mas contribuir com o debate trazendo a ótica da autonomia da vontade das partes.

Neste mesmo aspecto, a França enfrentou conflito semelhante, pois inicialmente o regime legal do *PACS* era o chamado “*régime d’division*”, que é semelhante ao regime de comunhão parcial de bens, havendo, em essência, comunicação dos bens adquiridos após a constituição da união. De início, tal disposição já foi bastante criticada pelos juristas franceses por problemas conceituais e práticos, diante da possibilidade de afastamento da presunção de comunicação. Desse modo, a falta de estabilidade, a falta de coerência e as lacunas a respeito da gestão dos bens foram fatores determinantes para que, em 2006, houvesse mudança na previsão legal a fim de considerar o regime de separação de bens como regime legal no *PACS*, porém, o legislador afirmou a convenção do regime de acordo com a vontade das partes.

O problema principal que este trabalho visou apontar reside nas divergências em momento de dissolução de união estável e os seus efeitos principalmente no aspecto patrimonial, ocasionados pela suficiência da expressão da vontade implicitamente manifestada, não precisou ser enfrentado no *PACS*, por ser instituto de predominância da autonomia de vontade explícita.

Na França, o entendimento do legislador é completamente contrário ao aplicado no direito brasileiro no aspecto patrimonial. Foi considerado que o *animus* implícito de viver como cônjuges não é suficiente para que o Estado reconheça que também exista vontade de comunhão patrimonial.

Em ambos os países houve momentos de aplicação de corretivos no decorrer da evolução dos institutos não maritais, como por exemplo, a indenização por serviços

prestados aplicada anteriormente à união estável no Brasil, sempre na busca da proteção do hipossuficiente.

Assim, ante a problemática exposta no trabalho, pode-se apontar como maior ponto controverso a ausência de relação contratual em um instituto que se equipara ao matrimônio. Puderam ser elencados elementos que ensejam dubiedade nos litígios e a características similares do instituto com a relação de namoro. É importante frisar que a relação de namoro não concede nenhuma obrigação ou efeito jurídico.

A equiparação da união estável com o casamento não se dá na sua forma, no primeiro, a autonomia da vontade das partes não é observada, gerando a impossibilidade das partes convencionarem sobre o regime de bens a ser adotado. A ausência da relação contratual quando o ordenamento jurídico brasileiro regulamentou a união estável, se configurava necessária por promover proteção do Estado ao hipossuficiente, porém, visando o aprimoramento do instituto com respeito à autonomia da vontade das partes, no contexto social atual se mostra imprecisa, a subjetividade apontada como meio de prova de união estável. Atualmente a imposição do regime de comunhão parcial de bens quando não há contrato de convivência, gera problemas aos indivíduos que mantêm relações afetivas sólidas e desconhecem o enquadramento de seu relacionamento como união estável, bem como os efeitos jurídicos desta decorrente.

Uma das alternativas para evitar injustiças à parte economicamente mais fraca, como também não banalizar a união estável, seria aprimorar o instituto, tornando sua identificação mais objetiva por meio da obrigatoriedade do vínculo contratual como regra. Para maior isonomia na caracterização do instituto também se aponta como necessária a regularização os meios de prova documental da união estável para os casos excepcionais.

Para uma atualização do instituto em busca da justiça e da compatibilidade com a realidade da sociedade, a alteração do regime legal de bens na união estável para o de separação de bens é maneira de conceder liberdade aos que assim desejam se unir. Nesse sentido, há o Projeto de Lei n. 616/2011, em trâmite no Senado e proposto pelo Senador Sérgio Souza, com o objetivo de alterar o artigo 1.725 do Código Civil para a seguinte redação: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da separação de bens”.

Tal alteração seria ineficiente, no entanto, se não houvesse a regularização dos meios de prova da união estável, assim como na França que estabelece para reconhecimento do concubinato, a prova documental, saindo assim do âmbito puramente subjetivo de comprovação da união, seriam necessárias provas documentais que comprovem a

existência de família.

Em casos excepcionais, onde houvesse necessidade de proteção ao hipossuficiente visando a garantia de subsistência e dignidade da pessoa humana, fosse estabelecido mecanismos garantistas.

É possível afirmar que a obrigatoriedade da relação contratual para existência da união estável e a transformação do regime legal de bens na união estável para separação de bens melhor atenderia o princípio da liberdade e da autonomia da vontade das partes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Direito de Família*. São Paulo. Editora: Suprema Cultura, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de 1916*. PELUSO, Cezar (Coord.). 6. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 1635.

CONTRATO DE NAMORO É ALTERNATIVA PARA EVITAR ABORRECIMENTOS EM UMA EVENTUAL SEPARAÇÃO. 5 min. Exibição em 4 Nov 2018, <<<https://globoplay.globo.com/v/7137488/>>> acesso em 12.03.2019.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 172.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURKHEIM, E. *Lições de Sociologia*. São Paulo; Martins Fontes: 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Direito das Famílias. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 449.

FERNANDES, Jacinta Gomes, *Artigo: UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR*. Revista de Direito n° 73-

2007<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=39807115-bcbe-4635-90cb-4635c86c7ce5&groupId=10136> Acesso em: 12. 02.2019

FIGUEIREDO, Luciano L. *Direito Civil: Família e Sucessões*. 5ª ed. São Paulo, Editora: Juspodivm. 2018

FRANÇA. *Code Civil*. Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 12 jan de 2019..

France Diplomatie<<https://www.diplomatie.gouv.fr/es/servicios-y-formularios-en-linea/franceses-en-el-extranjero/article/pacs>> Acesso em: 14 de fev de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de direito civil, volume VI: Direito de família – As Famílias em perspectiva constitucional* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pomplona Filho. São Paulo; Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p.641.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerusclausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MÉCARY, Caroline. *Le PACS*. 3. ed. Paris: Delmas, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130-137.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Vol. 2 - Direito de Família - 43ª Ed.* Editora Saraiva. Rio de Janeiro. 2016

NERY, Nelson Junior. *Manual de Direito Civil. Contratos.* São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de direito de famílias.* Belo Horizonte: IBADFAM, 2015, p. 202.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.16-22.

RAULT, Wilfried. *L'invention du PACS.* Paris: Presses de SciencesPo, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família.* Rio de Janeiro. Editora: Forense. 2014.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial;* São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. Universidade de São Paulo, 1984.

STRAUSS, Claude Lévi. *Antropologia Estrutural Dois.* Rio de Janeiro. Editora: Tempo Brasileiro, 1976.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277 – 7/600 e ADPF 178 – 1/800. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família – 9. ed.* Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo. *O Contrato: Passado, Presente e futuro*. Revista Cidadania e Justiça: 1º Semestre de 2000, Rio de Janeiro: Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros.

_____. Projeto de Lei nº 616/2011. Senador Sérgio Souza. Disponível em:

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102678?o=t>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

ANEXOS

ANEXO I



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES
 EXTERIORES
 CONSULADO GERAL DO BRASIL EM
 PARIS

**FORMULÁRIO DE PEDIDO
 DE CERTIFICADO DE COSTUME
 PARA
 CASAMENTO OU PACS**
 (Todos os dados são necessários.
 Preencher em letra de forma)

Nome completo do cidadão brasileiro/*Nom complet du citoyen brésilien*:

Indicar abaixo o certificado de costume desejado/Indiquer:

☐ **CASAMENTO / MARIAGE**

☐ **PACS**

Passaporte brasileiro ou RG (Carteira de
 Identidade) nº:

Orgão Expedidor:

Estado:

Data da expedição:

Validade(se

houver):

Se houve mudança de nome:

apresentar fotocópia da certidão de nascimento
 brasileira ou de casamento brasileira com a
 averbação da mudança.

Anexar fotocópia

Anexar fotocópia/joindre photocopie

Endereço	na	França/adresse:

Indicar	(se	necessário):
Chez	_____	
Cidade	Estado	Cód
postal	_____	
Telefone:	E-	
mail:	_____	

Data:	/
Assinatura:	_____

Obs: Enviar / Envoyer

- 1) *este formulário preenchido e assinado*
-ceformulaire rempli et signé
- 2) *fotocópia de documento de identidade brasileiro (passaporte ou RG)*
-photocopie d'une pièce d'identité brésilienne (passeport ou RG)
- 3) *se mudança de nome: fotocópia da certidão de nascimento brasileira ou de casamento brasileira, com averbação da mudança*
-si changement de nom: photocopie de l'acte de naissance brésilien ou de mariage brésilien avec annotation à la marge

- 4) “mandat COMPTE” de 15 euros (“mandat CASH” não é aceito). Fotocópia do mandat COMPTE não é aceita: apresentar a via (“récépissé de l’expéditeur”) entregue pela “Poste” após o pagamento

-mandat COMPTE de 15 euros (le mandat CASH n’est pas accepté). La photocopie du mandat COMPTE n’est pas acceptée: présenter l’exemplaire (récépissé de l’expéditeur) remis par la Poste après le paiement

- 5) VIA POSTAL: envelope para retorno, já selado e preenchido com nome e endereço (se necessário, indique “Chez...”)

VOIE POSTALE: enveloppe affranchie pour le retour, avec nom et adresse (si nécessaire, indiquez “Chez...”)